

REFLEXÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Thiago Moreira

Doutorando em Ciência da Religião pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora, MG, Brasil
thiago_moreira83@yahoo.com.br

RESUMO

O objetivo deste artigo é trazer algumas reflexões acerca da teoria de Robert Alexy sobre princípios e regras, notadamente a partir de sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais na qual tece a base de sua teoria normativa que tem obtido grande aceitação nas discussões acadêmicas sobre a temática. Neste sentido, a norma será vista como gênero do qual se extraem os princípios e as regras, cada qual com métodos próprios para solução de colisão ou conflito nas espécies entre si. Sem a intenção de esgotar o tema traremos algumas considerações que poderão ser utilizadas em questões de grande relevância em nosso ordenamento jurídico, como o caso da colisão entre direitos fundamentais como objeto da teoria da eficácia horizontal.

Palavras-chave: Robert Alexy. Teoria. Regras e Princípios.

REFLECTIONS ON PRINCIPLES AND RULES IN ROBERT ALEXY'S THEORY

ABSTRACT

The purpose of this article is to bring some reflections on the theory of Robert Alexy about principles and rules, notably from his work Theory of Fundamental Rights in which he discussed the basis of their normative theory that has achieved wide acceptance in academic discussions on the subject. In this sense, the norm will be seen as gender which they are extracted the principles and rules, each with its own methods for collision solution conflicting or species with each other. Without intending to exhaust the theme we will bring some considerations that may be used in questions of great importance in our legal system, as the case of collision between fundamental rights, object of the theory of horizontal effect.

Keywords: Robert Alexy. Theory. Rules and Principles.

1 INTRODUÇÃO

A questão da teoria normativa na seara jurídica é matéria de constantes debates e vultosas considerações. Diversas teorias se formam crescendo

às discussões sobre princípios e regras, não só abarcando a questão epistemológica, mas também metodológica, que abrange tanto a formulação de uma argumentação jurídica consistente, quanto auxiliam na construção teórica que embasa uma decisão nos casos concretos que se apresentam. Tais teorias influenciam a hermenêutica jurídica, notadamente a que mais nos interessa no momento, a hermenêutica constitucional.

Dentre as teorias normativas, especificamente no que concerne às categorias diferenciativas e os critérios metodológicos para tais distinções, escolhemos para esta breve exposição a teoria de Robert Alexy que encontra suas bases lançadas, dentre outras, na sua obra intitulada *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Para um momento posterior oportuno, em outro texto, iremos nos ater às outras teorias que discorrem sobre este tão tormentoso e debatido tema e que reforçam ou confrontam as considerações de Robert Alexy, como as que foram bem delineadas pelos professores Ronald Dworkin, Humberto Ávila e Marcelos Neves.

Abordaremos as concepções de Robert Alexy sobre regras e princípios para em seguida tratarmos das formas por ele apresentadas para solucionar o conflito entre regras ou a colisão entre princípios com base em sua estrutura argumentativa.

2 A NORMA COMO GÊNERO EM ROBERT ALEXY

Como bem aponta Alexy, a distinção entre princípios e regras é “uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85), sem ela não se pode falar em uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais e seu papel no sistema jurídico, com isso, são mais bem esclarecidas questões como, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como, o papel, as formas de aplicação, as possibilidades e os limites destes direitos.

Cumpramos consignar inicialmente que tanto as regras quanto os princípios, são espécies de um gênero denominado norma, pois ambos prescrevem o que deve ser; ambos podem ser “formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as

regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2008, p. 87).

A doutrina, como um todo, aponta diversos critérios distintivos entre tais espécies de normas, dentre eles destacamos o critério da generalidade (ALEXY, 2008, p. 86), segundo o qual princípios seriam normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem o grau de generalidade mais baixo que os princípios, neste critério os princípios abarcariam uma maior gama de situações fáticas em razão de sua alta abstratividade e as regras seriam mais específicas enquadrando uma quantidade menor de casos concretos, outros critérios seriam com base “no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras [e, mais,] no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2008, p. 88-89).

Entretanto, dentre tantos critérios que poderiam ser aqui mencionados, destacamos o critério adotado e reconhecido por Alexy como o modelo/critério capaz de distinguir de forma precisa princípios de regras. Tal distinção se baseia no fato de que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são espécies normativas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, pois, podem ser satisfeitos em graus variados.

Na lição do referido autor:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Desta forma, a premissa “é proibido matar”, seria uma regra e não um princípio até mesmo pelo fato de que tal espécie normativa não pode ser satisfeita em graus variados, ou seja, não se pode matar alguém um pouco, ou se transgride

a regra ou a cumpre. Fato idêntico não ocorreria se estivéssemos diante da premissa “toda pessoa deve ser tratada com dignidade”. Aqui, estamos diante de um princípio. Verifica-se um grau de indeterminabilidade vultoso nesta disposição. É, pois, necessário avaliar o caso concreto em todas as suas especificidades.

Para uma contribuição à discussão acadêmica entre as distinções possíveis entre princípios e regras, devemos aludir o que veio exposto por Humberto Ávila (2010, p. 68-70) quanto à dissociação em alternativas inclusivas onde uma mesma disposição normativa pode dar origem, ou fazer coexistir um princípio, uma regra e um postulado¹, ou seja, uma proposição normativa, por se apresentar como regra, não impede que seja da mesma extraída um princípio ou postulado. Como ressalta o referido autor, um ou vários dispositivos podem “experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, 2010, p. 68-70). Traz ainda o autor um exemplo de tais alternativas inclusivas, como no caso do dispositivo constitucional segundo o qual “todos devem ser tratados igualmente” (ÁVILA, 2010, p. 68-70).

Portanto, o fato de serem espécies distintas e inconfundíveis, não coíbe a hipótese de princípios e regras coexistirem em uma mesma prescrição normativa.

Como vimos, princípios e regras não se confundem, mas se complementam para o desenvolvimento da ordem jurídica, basta pensarmos, a título de ilustração, uma linha de transporte ferroviário, se olharmos para elas de acordo com nosso campo de visão mais próximo, veremos duas linhas paralelas que, por consequência não se tocam, mas se olharmos para um horizonte mais distante, para além do nosso campo de visão imediato, veremos que no infinito tais linhas outrora intocáveis se tocam, se complementam, para que o trem chamado de ordem jurídica tenha seu curso alcançado. Assim, são as regras e princípios inconfundíveis e inseparáveis para o alcance de um bem comum.

Recorrendo mais uma vez ao professor Humberto Ávila (ÁVILA, 2010, p. 78-83), podemos colacionar seu conceito de regras e de princípios, para o qual as regras seriam normas imediatamente descritivas, já que descrevem objetos determináveis, ao passo que os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, vez que apontam para um estado ideal a ser promovido.

¹ Postulado aqui compreendido como critérios para aplicação da norma e suas espécies, são destacados a proporcionalidade e a razoabilidade, erroneamente chamados de princípio, pois muitas vezes se confunde o objeto de aplicação (regras e princípios) com o critério de tal aplicação (razoabilidade e proporcionalidade).

Tendo, ainda que com as devidas controvérsias um paradigma para distinção entre princípios e regras, passemos agora a analisar as formas de solução quando estamos diante de um conflito entre regras ou uma colisão entre princípios.²

3 CONFLITO ENTRE REGRAS: MÉTODOS

Segundo o que se pode constatar do teor da obra de Alexy sobre os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 92-93), existem duas formas para solucionar os conflitos existentes entre regras com proposições distintas, que se aplicadas isoladamente levariam a soluções inconciliáveis, seriam estas formas de solução a inserção de uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, ou com a declaração da invalidade de uma destas regras.

A inserção da cláusula de exceção, prima pela inserção de uma premissa em uma das regras conflitantes no sentido de que possam coexistir sem que a existência de uma provoque a invalidade da outra. Um exemplo prático demonstra com maior fidelidade o que se pretende: digamos que determinada escola institua uma regra de que “é proibido o empréstimo de livros aos alunos”, mas também determina que “poderá a secretaria emprestar livros aos alunos”. A antinomia entre tais regras pode simplesmente ser resolvida mediante a inserção de uma cláusula de exceção, onde a primeira regra ficaria com a seguinte redação “é proibido o empréstimo de livros aos alunos, salvo mediante autorização da secretaria”.

Entretanto, existem regras que quando conflitantes não são passíveis de se aplicar o que acima foi exposto, com a inserção de uma cláusula de exceção. Nestes casos, uma destas regras em conflito está fadada a ser declarada inválida e extirpada da ordem jurídica, pois, como vimos acima, uma regra ao contrário dos princípios, não admite seu cumprimento em graus variados, ou são cumpridas ou não são cumpridas.

Quando se está diante de uma situação onde deve ocorrer a *declaração da invalidade* de uma regra contraposta a outra, devemos nos utilizar das

² Segundo Alexy, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94).

formas de solução de antinomias ditas clássicas, seguindo a lição de Norberto Bobbio (2006, p. 91-97). Nestes casos seriam utilizados os seguintes critérios: hierárquico³; Cronológico⁴; e da especialidade⁵.

4 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS (E DIREITOS FUNDAMENTAIS): O MÉTODO DE PONDERAÇÃO

Quando dois princípios estão em colisão, não se aplicam as mesmas formas de solução de antinomias aplicadas às regras, não se pode inserir em um dos princípios uma cláusula de exceção, tampouco se falar em invalidade de um princípio em detrimento de outro.

Segundo Alexy (2008, p. 93), o que ocorre é que um dos princípios em colisão tem precedência em face do outro, sem, com isso, implicar na invalidade do outro. Os princípios na constância de um caso concreto podem ter maior ou menor peso perante outro, e o que possuir maior peso no caso concreto irá prevalecer.

Tendo em vista esta dimensão de peso característica de tais espécies normativas, necessário se faz um sopesamento (ponderação) entre os princípios colidentes, para aferir qual deverá preceder devido ao seu maior peso no caso concreto. Lembrando que, ao contrário das regras que podem ser analisadas e confrontadas no plano abstrato, os princípios somente podem ser analisados em situação de colisão na égide de um caso concreto.

José Sérgio da Silva Cristóvam, citando Alexy, aduz que a chamada lei da ponderação quando diante de uma lide, deve ter sua aplicação em três fases, onde na *primeira* deve ser determinada a intensidade da intervenção (máxima da conformidade ou adequação), na *segunda*, se trata da importância das razões que justificam a intervenção (máxima da exigibilidade ou da necessidade), e, por fim, a *terceira*, onde se procede a ponderação propriamente dita (máxima da ponderação ou proporcionalidade), alegando, ainda, que:

³ Tal critério pugna pela prevalência da norma hierarquicamente superior quando posto em conflito com norma inferior. (*Lex superior derogat inferiori*).

⁴ Onde a vontade ou norma posterior revoga a anterior, quando incompatíveis (*Lex posterior derogat priori*).

⁵ Quando duas normas são incompatíveis, uma geral e uma especial, esta deverá prevalecer (*Lex specialis derogat generali*).

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo àquele outro efetivado. É dever do Juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar. (CRISTÓVAM, 2009, p. 221-222).

Como aponta Alexy (2008, p. 593-594), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esta a terceira fase acima apontada, expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes sendo de igual teor à lei do sopesamento que é: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2009, p. 594).

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O conhecimento do caráter pelo qual se apresentam as normas de direitos fundamentais se apresenta por demais controverso, entretanto, existem aqueles que se filiam à corrente que pugna pela prevalência do caráter principiológico dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009), visto que os mesmos se identificam nas disposições que caracterizam os princípios em face das regras, ou seja os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em diversos graus, são normas que em muitas situações encontram-se tutelando valores contrapostos, de igual valor axiológico, motivo pelo qual quando postos em colisão o critério para solução desta antinomia (conflito entre normas) é o da ponderação, pois o fato de no caso concreto um dos direitos fundamentais ter que prevalecer em face do outro, não implica em sua invalidade, mantendo-o válido no ordenamento jurídico, podendo até mesmo em outro caso concreto na análise das nuances subjetivas que eivarem o caso posar prevalecer em face daquele direito que outrora prevalecera.

Segundo Jane Pereira (2006, p. 127) a questão relativa ao modelo estrutural das normas constitucionais, notadamente de direitos fundamentais é essencial

para o tratamento dos problemas que se referem a às restrições e limites dos ditos direitos, pois se entendermos os tais como regras leva a entendê-los como absolutos (plano de realização com fundamento no tudo ou nada) , o que os tornaria insuscetíveis de restrição, enquanto o modelo de princípios levam a considerar que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Entretanto, cumpre consignar que os direitos fundamentais são dotados de um duplo caráter (ALEXY, 2008, p. 141-144), ou seja, as normas de direitos fundamentais podem ser construídas de forma que possa uma norma constitucional compreender tanto uma regra quanto um princípio, como no caso em que o constituinte inclua nesta norma constitucional uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, sujeitando-a ao sopesamento.

6 A CONTRIBUIÇÃO DE ROBERT ALEXY PARA A ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

No que tange à colisão entre princípios que engloba conseqüentemente os direitos fundamentais pela clara prevalência de sua natureza principiológica que possuem, é importante ressaltar a análise Robert Alexy (2008, p. 533-542) sobre as teorias da eficácia direta, eficácia indireta e dos deveres de proteção do Estado (teoria de Schwabe) de forma interessante e eficaz. Segundo o jurista alemão, é um erro dizer, ou melhor, estudar as ditas teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, como se somente uma delas fosse a correta. Na verdade, como é por ele proposto, e, levando em conta de que todas convergem para um mesmo resultado final idêntico (o que varia é o trajeto teórico que se trilha), a forma mais eficaz de se alcançar o objetivo é a utilização de um modelo em três níveis, congregando as três teorias aqui referidas, compreendendo três etapas a serem transpostas para se chegar a um resultado satisfatório.

Este modelo integrador, composto dos níveis; do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados.

No primeiro nível se encontra a teoria do efeito mediato, onde existe o dever estatal de levar os direitos fundamentais em consideração tanto no caso de elaboração de leis quanto na formação de jurisprudências afeitas ao direito civil.

No segundo nível estaria a teoria dos deveres de proteção do Estado (imputação), no qual quando o julgador se encontra diante de caso concreto que versa sobre direitos fundamentais não os leva em conta, deverá o prejudicado fazer valer seu direito fundamental frente ao Estado omissor.

Já no terceiro nível, diretamente ligado a teoria da eficácia direta, pelo qual o particular pode sem auxílio do legislador invocar direito fundamental seu em face de outro particular.

Lembra ainda Alexy que caso algum ordenamento jurídico adote este modelo integrador, onde cada nível poderá ser usado num caso ou noutro, não haverá entre tais níveis distinção de grau.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos em nossa introdução, diversas são as teorias que pugnam por buscar bases argumentativas sólidas para contribuir na estruturação de uma teoria normativa consistente e que dê conta das controversas e dinâmicas questões que nos são apresentadas cotidianamente na seara jurídica.

Não há de prosperar um ordenamento jurídico que não finque suas raízes em uma teoria normativa bem delineada e experimentada por intensos e frutíferos debates que intencionam a promoção de definições robustas para a formação de um Estado Democrático de Direito.

Uma destas teorias, não obstante as críticas que lhe foram e lhe são direcionadas, é a proposta por Robert Alexy. Em nossa breve exposição tentamos demonstrar quais são as concepções do jurista alemão sobre os princípios e regras.

Para Alexy, os princípios seriam mandamentos de otimização por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades do plano fático, mas também jurídico. Por sua vez as regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, L. R. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, C. C. de (Org.). **Leituras complementares de direito civil o direito civil-constitucional em concreto**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 100-101.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: UNB, 2006.

CRISTÓVAM, J. S. da S. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Recebido em: 4 ago. 2015.

Aprovado em: 5 ago. 2015.